Mitteis

Uber die Herkunft der Stipulation
Eine Hypothese

Sonderdruck

aus der E. I. Bekker zum 16. August 1907 gewidmeten Festschrift:

„Aus Römischem und Bürgerlichem Recht".

Über die Herkunft der Stipulation.

Eine Hypothese.

Von

Ludwig Mitteis.

Unter den zahlreichen Hypothesen [1], welche auf dem Gebiet des ältesten Rechts unsern Vorstellungstrieb befriedigen sollen, erfreut sich wohl keine so weitreichender Anerkennung wie jene über die Herkunft des römischen Verbalkontrakts — ich spreche geflissentlich von

---

[1]) **Vorbemerkung.** Die Vermutung, welche ich im nachstehenden vortrage, hat sich bei mir schon seit mehr als zehn Jahren entwickelt und der nachfolgende Aufsatz ist seit ungefähr ebensolanger Zeit in allem Wesentlichen fertiggestellt und niedergeschrieben. Daß ich mit der Veröffentlichung so lange gezögert habe, möge auch jenen, welche die folgenden Ideen ablehnen, als Beweis dafür dienen, daß mit der Verlautbarung derselben wenigstens nicht leichtherzig vorgegangen worden ist; je mehr ich die auf dem Gebiet des ältesten Rechts immer wieder stattfindende Propagation bloßer Einfälle ablehne, desto mehr fühlte ich mich verpflichtet, meine eigenen Vorstellungen auf diesem Gebiet einer reiflichen Prüfung zu unterziehen. Eine Hypothese bleiben sie wie jede andere *und ich bitte dringend, diese meine Bemerkung nicht zu vergessen und mir nicht Behauptungen zu unterstellen, wo ich nur Möglichkeiten andeute;* aber ich glaube es verantworten zu können, daß ich diese ausspreche, zumal die Berücksichtigung derselben wenigstens die bedenkliche Zuversicht verringern dürfte, mit welcher oft in ganz entgegengesetzter Richtung geforscht wird.

Im übrigen habe ich, zur Wahrung meiner Priorität, vor sechs Jahren wenigstens den Grundgedanken dieses Aufsatzes ausgesprochen, nämlich in meiner Abhandlung über das Nexum (Z. Sav.-St. 22, 96 ff.); dort findet sich (S. 97) die Bemerkung, es „wird sich ergeben, daß die Stipulation ursprünglich wie auch im deutschen Recht aus prozessualischen Kautionen hervorgegangen ist, wie denn überhaupt das römische Obligationenrecht in weiterem Umfang an das deutsche anklingt, als man gewöhnlich annimmt". Da diese Andeutung bereits wiederholt zitiert worden ist (Bekker, Z. Sav.-St. 23, 23 ff.; Girard, manuel [4] 488 A. 3), halte ich mich für verpflichtet, dieselbe genauer auszuführen.

ihr in der Einzahl, da sie tatsächlich bereits die Alleinherrschaft errungen hat. Wenn noch in der Mitte des vorigen Jahrhunderts Savigny den Versuch machen konnte, die Entstehung des Verbalkontrakts an den Verfall des alten Nexums anzuknüpfen[1]), ist dieser heute fast vergessen und verschollen, und in Lehrbüchern und Monographien wird es wie eine wohlbegründete Wahrheit vorgetragen, daß die römische Sponsion und Stipulation (ich werde die Namen promiscue gebrauchen) ihren Ursprung in sakralen Akten gehabt haben.[2]) Das einzelne mag sich der eine so, der andere anders ausmalen; dieser knüpft an einen Eidschwur am Altar des Herkules an[3]), jener betont mehr das Trankopfer, welches die Zeremonie begleitet hat, andere verbinden beides: in der Hauptsache ist man einig, daß man es mit einem direkt unter den Schutz der Götter gestellten Versprechen zu tun hat.

Es wäre wenig angemessen, diese Hypothese zergliedern und die Tragkraft ihrer einzelnen Elemente prüfen zu wollen. Denn daß auf unsicherem Grund gebaut ist, wird ja allseits zugegeben und man stößt im Grunde offene Türen ein, wenn man den nur sehr relativen Wert der hier zugrunde ge-

[1]) System 5, 538. — [2]) Die Vertreter insgesamt aufzuführen, wäre weitläufig und auch uninteressant; Literaturangaben für die ältere Zeit bei Voigt, Ius nat. 4, 426 f. Aus neuerer Zeit nenne ich nur Bechmann, Kauf 1, 348, Pernice an dem in Note 3 a. O. p. 1159, Leist, Gräko-ital. R. G. 458 und die Lehrbücher von Cuq (Institut.^{3} 395), Girard (manuel^{4} 484), Sohm^{11} 64 n. 16, Czyhlarz^{4} 168. Bemerkenswert ist namentlich, daß Mommsen, der in den „Forschungen" 1, 337 n. 18 noch die ältere, heute ganz aufgegebene Anknüpfung an das Nexum (Literatur bei Voigt a. a. O. 438) festhielt, später im Staatsrecht 1^{2} 239 A. 2 (in der 3. Auflage allerdings nicht mehr aufgenommen) sich ausdrücklich zur Sakraltheorie bekennt. Als seltene Ausnahme haben Voigt a. a. O. und Karlowa, R. G. 2, 699 weltlichen Ursprung angenommen; auf positive Tatsachen stützt sich übrigens ihre Darstellung der Genesis nicht. — [3]) Man stützt dies auf Dionys. A. R. 1, 40 und Festus ep. p. 59: consponsor coniurator. Am ausführlichsten ist dies von Danz, Der sakrale Schutz im Röm. Rechtsverkehr (1857) p. 13 ff. vertreten worden. Gegen ihn eingehend Girtanner, Stipulation 14–81, Pernice, Sitz.-Ber. der preuß. Akad. 1885 1160[5]. Vermittelnd (Eid und Trankopfer) wieder Mommsen, Staatsr. 1^{2} 239 n. 2 und 241 n. 1.

legten Prämissen nachweist.[1]) Fast nur zum Überfluß sei daher betont, daß die äußeren Stützen, welche man dieser Lehre unterlegt, überaus schwach sind. Weist man auf den Eid an der Ara maxima des Herkules hin, so ist zu bemerken, daß unser ausführlichster Bericht hierüber diesen Eid als eine *gegenwärtige* Sitte darstellt: Dionys. 1, 40 sagt, daß *ὅρκοι τε γὰρ ἐπ' αὐτῷ καὶ συνθῆκαι τοῖς βουλομένοις βεβαίως τι διαπράττεσθαι καὶ δεκατεύσεις χρημάτων γίνονται συχναὶ κατ' εὐχάς*. Es ist ersichtlich, daß dieser Ausspruch viel zu viel beweist; wurden noch zur Zeit des Dionysios, wo die weltliche Stipulation in voller Blüte stand, solche Eide geschworen, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch in ältester Zeit Eid und Stipulation haben nebeneinander bestehen können, warum gerade die letztere sich aus dem ersteren heraus hätte entwickeln müssen. Außerdem ist zu betonen, daß obligatorisch wirksame Eide sonst dem römischen Recht fremd sind, was geradezu unbegreiflich wäre, wenn der Eid einen Ausgangspunkt des Obligationenrechts gebildet hätte.[2]) Verweist man andererseits auf das Trank-

[1]) Dies ist noch schonender ausgedrückt, als es für jenen, der selbst eine Hypothese wagt, das alte „hanc veniam damus petimusque vicissim" mit sich bringt. Wollte man über die Methode der Beweisführung offen sprechen, so könnte das Urteil oft nur ein sehr scharfes sein. Was soll man z. B. sagen, wenn man liest (Danz 116) „Man würde alle diese Aussprüche unserer Quellen für Irrtümer einer späteren Zeit erklären müssen, wenn man leugnen wollte, daß hierin eine deutliche und unverkennbare Hinweisung auf den eidlichen Charakter der Sponsio liege" und dann findet, daß diese lauteren Quellen bestehen in Isidor Orig. 5, 24, 30 (sacramentum est pignus sponsionis!), Paulus Diacon. (Consponsor — coniurator; dazu vgl. das Sc. de Bacchanal., wo diese Begriffe gerade getrennt erscheinen) und Dionys. 1, 40, worüber im Text — also sämtlich Quellen dritten Ranges, die noch dazu den behaupteten Inhalt nicht einmal haben. — [2]) *Nur wo eine rechtliche Verbindlichkeit nicht möglich ist*, wie bei dem Frohndenversprechen des freizulassenden Sklaven, greift der Eid ein. Das betont niemand Geringerer als die Römer selbst. Gai. 3, 96 behandelt eidliche Versprechungen als eine Eigentümlichkeit der Peregrinen, die dem römischen Recht fehlt. In den Digesten bezieht sich der einzige Fall einer eidlichen Zusage auf Griechen, wie das kaiserliche Reskript D. 12, 2, 13, 6 zeigt. Auch die Papyri kennen keine eidlichen Zusagen von Römern (Wenger, Z. Sav.-St. 23, 230—2). Jedenfalls ist es das Prinzip der römischen Kaiserzeit, daß

opfer, so ist leicht zu sehen, daß dem hierfür maßgeblichen Bericht des Festus v. Spondere keine feste Tradition zugrunde liegt, sondern ein einfaches Rätselraten; man muß nur lesen, wie der Lexikograph sich ausdrückt: Spondere Verrius putat dictum quod sponte sua id est voluntate promittatur; deinde *oblitus* inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dictam ait, quod ii *σπονδάς* interpositis rebus divinis faciant. Von einem Gewährsmann, der zwei verschiedene Erklärungen bei der Hand hatte, kann man nur das eine lernen, daß er nichts wußte; und wenn man genau zusieht, findet man ja auch nur gesagt, daß die *Griechen* das Versprechen mit einem Opfer zu begehen pflegen [1]), was wohl auf Reminiszenzen aus der homerischen Dichtung zurückgeht.

Dabei möchte ich nun freilich gleich vorweg bemerken, daß ich nicht daran denke, die etymologische Verwandtschaft von Spondere und *σπένδειν* bestreiten zu wollen, auf welche man nicht bloß im Altertum hingewiesen hat, sondern die auch heute noch unter den Philologen namhafte Vertreter findet.[2]) Was statt philologischer Ausführungen

der rechtlich verbindliche Vertrag durch den Eid an Kraft nichts gewinnt, D. 2, 14, 7, 16; 30, 112, 4; C. J. 1, 14, 5, 2; 2, 4, 42; 4, 30, 16. Rechtsungiltige Geschäfte werden allerdings um so lieber beschworen, um ihnen wenigstens moralische Kraft zu verleihen; z. B. Dionys. A. R. 2, 38, 5, Cic. in Verr. 1, 47, 122 ff.; D. 2, 4, 8, 2; 32, 37, 5; 39, 5, 19, 6; 37, 14, 6, 3; 40, 2, 13; 40, 9, 31; C. J. 4, 59, 2 pr. So suchten die Erblasser auch die an sich nicht klagbare Auflage durch eidliche Bestärkung (condicio iurisiurandi) zu sichern. Pernice, Lab. 3, 1, 47 f. — Die promissorischen Eide bei Plautus, die übrigens vorwiegend um ihrer theatralischen Wirksamkeit willen verwendet sein mögen, repräsentieren schwerlich eine römische Sitte; die internationale Gesellschaft, die sich dort trifft, schwört, weil der Eid international ist. Auch die wenigen durch nachklassische Konstitutionen als rechtsverbindlich anerkannten Eide (eidliche Bestärkung von Vergleich und Kompromiß) C. J. 2, 4, 41; 2, 55, 4 sind unrömische Bildungen. — Der promissorische Gestellungseid (vadimonium iureiurando Gai. 4, 185) ist eine offenbare Singularität.

[1]) Also sagt Verrius: „Die Griechen kennen eine sakrale *σπονδή* (auf welchem Gebiet sagt er nicht, vielleicht meint er die Verlobung); von diesem griechischen Wort leitet sich bei uns der Name von Bräutigam und Braut ab." — Und dies nennt sich ein Zeugnis für den sakralen Ursprung der Stipulation. — [2]) Auch das bekanntlich sehr vorsichtig verfaßte etymologische Wörterbuch von Walde nimmt sie neuerdings als plausibel an.

über sprachliche Möglichkeiten, die im Munde des Nichtfachmanns ohnedies wertlos bleiben, um so mehr zu betonen ist, ist aber dieses, daß die etymologische Frage mit der rechtshistorischen sehr wenig zu tun hat, was merkwürdigerweise fast immer übersehen wird.

Denn selbst wenn Spondere mit σπένδειν zweifellos zusammenzustellen sein sollte, so würde daraus doch nur folgen, daß es irgendeinmal religiöse Gelöbnisse mit Trankopfer gegeben hat und daß die privatrechtliche Sponsio von solchen den *Namen* überkommen hat. Daß sie selbst eines gewesen ist, folgt daraus keineswegs; denn es ist durchaus denkbar, daß an jenen ältesten sakralen Gelöbnissen sich zuerst der Name entwickelt hat, der dann später — in der erweiterten Bedeutung des Versprechens überhaupt — auf andere Versprechungen übertragen worden sein kann, welche sachlich ganz verschieden geartet waren.

Ja man muß nicht einmal soweit gehen. Wenn jemand durchaus daran festhalten wollte, es müsse einmal bei der Sponsion des ältesten Privatrechts ein Trankopfer stattgehabt haben, so kann man die Entscheidung dieser allem Anschein nach doch für alle Zeiten unlösbaren Frage ruhig dahingestellt sein lassen und zwar deswegen, weil es darauf gar nicht ankommt. Denn nicht die äußeren Zeremonien sind das Wesentliche an der Geschichte der Sponsion, sondern der juristische Zweck und Inhalt derselben. Über diesen ist aber mit der Feststellung eines bloßen Zeremoniells gar nichts gesagt, selbst dann nicht, wenn man demselben eine religiöse Bedeutung beimißt; denn es bleibt auch im letzteren Fall immer noch die Möglichkeit, daß diese eine bloß adminikulierende ist und für die Rechtsordnung als solche keinen selbständigen Wert hat.

Durch Untersuchungen über den Namen und die *diesem* entsprechende äußere Form der Rechtsgeschäfte ist hier überhaupt nicht weiterzukommen; denn die Namen können, wie gesagt, ihre ursprüngliche Bedeutung gewechselt haben, resp. von einem Vorgang, den sie ursprünglich genau deckten, auf einen andern übertragen worden sein.

Mehr Erfolg schiene es mir zu versprechen, wenn es möglich wäre, im Grundcharakter der Stipulation solche

Züge nachzuweisen, welche ihre Anlehnung an ein anderes, dem älteren Recht sicher bekanntes Institut ermöglichen würden. In der Tat lassen sich, wie ich glaube, ziemlich deutliche Parallelismen nachweisen zwischen ihr und einem Institut, das längst bekannt ist, nämlich den Praedes und Vades des alten Rechts.

I.

Ehe jedoch zu der Betrachtung dessen übergegangen wird, empfiehlt es sich noch die Frage zu erörtern, auf welchem Gebiet des Verkehrs die Entwicklung der Stipulation gesucht werden kann, oder, wie sich das auch ausdrücken läßt, welchen praktischen Zwecken die Stipulation oder das Geschäft, aus dem sie sich entwickelt hat, gedient haben mag.

Ich suche die Elemente für die Ausgestaltung der Stipulation vor allem auf jenem Gebiet, welches einen obligatorischen Formalvertrag von jeher erfordert hat und auf dessen Ausstrahlungen ich, wenn nicht das ganze Institut, so doch eine wesentliche Eigentümlichkeit desselben (s. unter V) zurückzuführen geneigt wäre.

Dies ist der Prozeß, genauer gesprochen: die Bürgenstellung im Prozeß.

Als den Urfall denke ich mir, wie es auch für die deutsche Rechtsentwicklung öfters angenommen worden ist, den Deliktsprozeß. Die Anfänge des römischen Obligationenrechts liegen ja im Dunkeln; aber schon lange setzt man, und sicher mit Recht, voraus, daß die Bußhaftung aus privaten Delikten den Anfang des Obligationenrechts, wie auch den des Zivilprozesses gebildet haben wird. Gerade hier bietet nun jeder vor Gericht geschlossene Sühnevertrag einen Anlaß zur Kautionsstellung, wenn der Schuldige das vereinbarte Sühnegeld nicht sofort aufzubringen vermag. Das Vorhandensein solcher Sühneverträge ist ja bestimmt überliefert; die Paktionen über stattgehabte Injurie, das Pacisci cum fure ist bekannt.

Aber auch sonst ist Bürgenstellung im Prozeß im großen Umfang und schon für die ältesten Prozeßformen erkenntlich.

Sie ist zunächst bezeugt für die Legis actio sacramento: es erscheinen hier Bürgen in zweifacher Funktion. Einmal kann bei jeder Art des Sakramentsprozesses es zu einer Bürgenstellung *an den Magistrat* kommen, wenn die Parteien die Sakramentssumme, was allmählich zur Regel wurde, nicht bar hinterlegen (praedes sacramenti). Anderseits kommt es zu einer Bürgenstellung an den Gegner im dinglichen Sakramentsprozeß von seiten der Partei, welcher der Magistrat die Vindizien verliehen hat (praedes litis et vindiciarum).

Die gleiche Bürgenstellung muß aber auch immer stattgehabt haben im Fall einer Terminsverlegung. Dafür haben wir einen wenigstens indirekten Beweis noch in der Nomenklatur des späteren Vadimonium; dasselbe wird mit Bürgen geleistet und es weist hierbei der Name auf den uralten Begriff des Vas = ἔγ-γυος, wadia (die Verwandtschaft der Worte ist bekannt) zurück.

In weitem Umfang erscheint endlich die Bürgschaftsleistung im Strafprozeß, insofern sie hier das Mittel ist, dem Angeschuldigten das Verbleiben auf freiem Fuß für die Dauer des Prozesses zu ermöglichen.

Indem ich also die gerichtliche Bürgenstellung als den ältesten Fall vermute, möchte ich übrigens nicht gesagt haben, daß die außergerichtliche nicht habe vorkommen können. Wie im deutschen Recht schon früh neben der gerichtlichen die außergerichtliche Wadiation sich findet (vgl. statt aller Heusler, Institutionen 2 §§ 122, 123), so kann es auch bei den Römern gewesen sein. Beispielsweise mag die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung zu einer Garantiestellung geführt haben. (Man wird zwar auch hier die Möglichkeit nicht außer acht lassen, daß dies erst ein *sekundäres* Stadium ist und das primäre darin bestand, daß im Fall der Eviktion der Verkäufer wie ein Dieb, der den Käufer um sein Geld gebracht hatte [Ihering], nach *Deliktsrecht* verfolgt wurde — gerade derart sind die Erwägungen, weshalb man die außergerichtliche Bürgenstellung gerne nicht auf das volle Alter der gerichtlichen zurückdatiert.) Immerhin aber ist das Vorkommen von Vades seitens des Ver-

käufers anscheinend bezeugt [1]) und man wird darum diesen Anwendungsfall keineswegs unterschätzen dürfen.[2])

Ob beim Darlehen jemals Vades gegeben werden mußten, wird man dahingestellt lassen müssen. Sicher ist eines: daß wir hierfür keine Zeugnisse haben, ja daß im Gegenteil uns ein Darlehen bezeugt ist, das mit Vades sicher nichts zu tun hat, nämlich jenes, das mit Erz und Wage gegeben wird: denn für die Periode, wo dieses auftritt, würden die Berichte der Historiker anders lauten, wenn hier die Geiselstellung das Maßgebende wäre.[3]) Aber freilich ist zu bedenken, daß

[1]) Varro de l. l. 6. 74: 'A quo caveri postea lege coeptum est ab his qui praedia venderent, vadem ne darent; ab eo adscribi coeptum in lege mancipiorum: Vadem ne poscerent, nec dabitur'. Es ist freilich behauptet worden, daß mit diesen Vades Bürgen gemeint seien, die erst nach Abschluß des Kaufes verlangt wurden (Huschke, Nexum 196; Eck, Verpflichtung des Verkäufers 11); doch ist mir die Auffassung von Bechmann, Kauf 1, 113 ff. wahrscheinlicher, wonach schon beim Kauf von ihnen die Rede war. — [2]) Jedenfalls ist in der klassischen Zeit die Stellung von Verkaufsbürgen sehr üblich. In der Geschäftswelt war sogar die Meinung verbreitet, daß sie obligatorisch sei, D. 21, 2, 56 pr., und dies ist erklärlich bei dem massenhaften Vorkommen derselben; D. (18, 1) 72; (18, 2) 4. 6; (18, 5) 3 und 10, 1; (18, 6) 19, 1; (19, 1) 24, 2; (21, 2) 22, 1. 37 pr. 40 und 41, 2; (44, 4) 15; (45, 1) 113, 1; (46, 1) 45; (49, 1) 5 pr. [Über die Verbreitung der βεβαίωσις in Griechenland jetzt Keil in Ath. Mitteil. 1895 p. 48 mit Liter.] Es ist nicht unmöglich, daß die zweijährige Ausschlußfrist der Klage gegen Sponsor und Fidepromissor sich daran anschließt, daß eine so wichtige Spezies derselben wie die Kaufbürgen, für die Auctoritas äußerstenfalls nur zwei Jahre hafteten. (Vgl. Rudorff, Ztschr. f. gesch. Rw. 14, 440, der allerdings diesen Gedanken unrichtig formuliert und deshalb mit Recht von Huschke, Gajus 85 ff., gerügt worden ist.) — [3]) Ich halte daran fest, daß das Gelddarlehen in der Form des Per aes et libram gestum begründet worden ist; bestimmend bleibt für mich das 'Nexum aes' des Festus, für welchen Ausdruck es sonst keine Erklärung gibt. Die Hypothese, welche Lenel (Z. Sav.-St. 23, 96 ff.) aufgestellt hat, daß das Darlehen unter Bestellung von Vades gegeben wurde, trägt jenem Zeugnis keine Rechnung, wie ich denn überhaupt den positiven Aufstellungen jenes Aufsatzes — in der Negative gegen Huschkes Lehre ist Lenel zu meiner Freude mit mir einig — nicht zu folgen vermag. Wertvoll ist es mir dagegen zu sehen, daß auch Lenel den Gedanken der Selbstbürgschaft für das römische Recht anerkennt; wenn ich trotz seinen übrigens in dieser Richtung nur andeutungsweisen Bemerkungen auch für die meinen das Recht der vollen Originalität in Anspruch nehme, so beruht das

die Zeit, welche vom Darlehen per aes et libram spricht, nicht mehr die Urzeit ist, sondern ein Mittelalter: wie in Deutschland die 'Res praestita' frühzeitig sich von der Notwendigkeit eines Vergeiselungsvertrags emanzipiert und selbständige Klagbarkeit erlangt hat, so vielleicht auch hier. Darüber hinaus bleibt dann eine Urzeit des ältesten Realvertrags, für die wir uns ja auch die Zuziehung von Vades vorstellen können. Aber irgendeinen Wert haben solche ganz anhaltlose Vermutungen nicht.

Denkbar ist ferner, daß Erbteilungen, Mitgifts- oder Brautkaufsversprechungen u. dgl. schon früh zu formellen Garantieverträgen führten. Das alles soll nicht übersehen sein. Aber trotz alledem dürfte das Gebiet des Prozesses nicht bloß das ursprünglichste, sondern auch dasjenige sein, dessen Ausstrahlung auf die Ausgestaltung des Instituts selbst in Einzelpunkten (s. unter V) eingewirkt hat.

II.

Innerhalb des römischen Stipulations- und Bürgschaftsrechts ist keine Tatsache so merkwürdig und lehrreich, wie die Terminologie.

Die spezifisch römische Stipulationsart ist bekanntlich die Sponsio, wie sich unter anderem bekanntlich daraus ergibt, daß das Wort Spondeo und nur dieses den römischen Bürgern vorbehalten ist: der Nichtbürger kann sich mit diesem Wort nicht verpflichten; die Sponsio des Peregrinen ist nichtig.

Und nun ist es eine auffallende Erscheinung, daß das Substantivum Sponsor nicht den Sponsionsschuldner schlecht-

einfach darauf, daß in meiner schon vor Lenel gemachten Bemerkung über „das Hervorgehen der Stipulation aus Prozeßkautionen" dieser Gedanke bereits deutlich ausgesprochen ist. Denn da die Prozeßkaution der alten Zeit durch Praedes und Vades gegeben wird, die der späteren durch Sponsores, und ich dabei auf die Analogie des deutschen Rechts ausdrücklich verwiesen hatte, liegt es auf der Hand, daß hiermit implicite die Ableitung der Sponsio aus den Praedes und Vades und zwar auf dem Umweg über die Selbstbürgschaft verlautbart war; man vgl. mit meinen oben S. 109 A. 1 zitierten Worten die Ausdrucksweise von Schröder, Deutsche RG.[1] 55, der ich geflissentlich ad verbum gefolgt war: „Der spätere Formalvertrag (fides facta) oder Wettvertrag (Wadiatio) ist *aus prozessualischen Kautionen hervorgegangen*".

hin bedeutet, sondern den Bürgen. Dies so sehr, daß der Hauptschuldner meines Wissens [1]) überhaupt nicht Sponsor genannt wird. Bei Cicero und Gajus kommt Sponsor nicht ein einziges Mal in dieser Bedeutung vor, obwohl das Wort namentlich bei letzterem oft erscheint. Auch die justinianischen Digesten nennen den Hauptschuldner nie Sponsor. Freilich haben die Kompilatoren gegen das Wort eine Abneigung insofern, als es eine Kategorie der Bürgen bezeichnete, die sie nicht mehr anerkennen, und bei übergroßer Vorsicht könnte darum jemand daran denken, daß sie in blindem Übereifer auch wo das Wort in der Bedeutung „Hauptschuldner" vorkam, es gestrichen und durch Reus promittendi oder Promissor ersetzt hätten. Indessen wäre dies doch zu töricht gewesen; auf ein Leserpublikum, das Bürgen und Hauptschuldner einfach verwechselte, brauchte man denn doch nicht zu rechnen, und so gut Spondere und Sponsio (D. 50, 16, 7) in den Digesten stehen geblieben sind, hätte auch Sponsor in der Bedeutung von Hauptschuldner stehen bleiben können, wenn das Wort vorgekommen wäre.

Nur eine einzige Stelle scheint eine Ausnahme zu machen: bei Julian D. 46, 3, 34, 1 scheint statt 'Fidejussores' gestanden zu haben 'Sponsores' [2]) und es ist möglich, obwohl *keineswegs* notwendig [3]), daß Julian dabei an Hauptschuldner

[1]) *Diese* Reserve muß natürlich bei einer negativen Behauptung immer gemacht werden; namentlich solange der Thesaurus linguae lat. nicht abgeschlossen vorliegt, wird man nicht wagen, hier allzu apodiktische Thesen hinzustellen. Aber so viel ist sicher, daß sich weder in den Generallexika von Forcellini, Georges, Klotz für Sponsor eine andere Bedeutung angegeben und nachgewiesen findet als die des Bürgen, noch auch bei Merguet zu Cicero, noch auch in der Literatur, abgesehen von der unten besprochenen Stelle D. 46, 3, 34, 1. Nur Heumann-Seckel hat für Sponsor die Bedeutung „Hauptschuldner" und stellt diese sogar an die Spitze, hat aber hierfür nur jene einzige Stelle namhaft gemacht. — [2]) Diese Tatsache ist bekannt; Lenel, Pal. 1, 459; Pernice, Z. Sav.-St. 19, 182 A. 4; Girard, manuel [4] 749 A. 4; Levy, Sponsio, fidepromissio, fideiussio (1906) 2. — [3]) Die Stelle lautet .... nam ex contrario cum duo fideiussores (l: sponsores) hominem dari spoponderint, diversorum quidem hominum partes dantes non liberantur sqq. Nun ist eins auffallend: Der Eingang der Stelle handelt von *Korrealgläubigern* (duo rei stipulandi) und sagt, daß diesen Teile verschiedener Sklaven nicht mit be-

gedacht hätte. Aber ein solches *ἅπαξ λεγόμενον* würde doch, selbst wenn es viel gesicherter wäre als es ist (S. 118 A. 3), sehr wenig besagen, abgesehen von der Möglichkeit, daß ein Schriftsteller sich einmal eine individuelle Substantivbildung gestattet. Und gesetzt selbst, daß eine solche Verwendung mehr als einmal geschehen sein sollte, so würde das doch nur beweisen, daß eine Erweiterung des ursprünglichen Wortsinnes Platz zu greifen begann.

Denn daß dieser auf den Bürgen und nur auf diesen ging, folgt schon daraus, daß man unmöglich Hauptschuldner und Bürgen *von vornherein* mit demselben Terminus bezeichnet haben kann. Wäre die Bedeutung Sponsor = Hauptschuldner in alter Zeit anerkannt gewesen, so hätte der Bürge notwendig Ad-sponsor, Fide-sponsor oder sonstwie genannt werden müssen.

Man hat nun (Zitt. bei Levy, Sponsio 2) das Auffallende der Tatsache, daß Sponsor den Bürgen bezeichnet, schon oft registriert; aber bisher nicht die volle Tragweite dieser

freiender Wirkung geleistet werden können, und es ist richtig, daß das 'non ex contrario' den Gedanken nahelegt, jetzt wolle Julian von Korrealschuldnern, also Hauptschuldnern (nicht Bürgen) reden (Levy, Sponsio S. 2). Aber warum sagte er dann nicht 'duo rei promittendi'? Denn dieses war der einzig richtige Ausdruck: duo sponsores ist sicher nie technisch für Korrealschuldner gewesen, schon deswegen, weil es in seiner doch von niemand geleugneten Bedeutung als „zwei Bürgen" nach der lex Furia gerade die Partialhaftung mit sich bringt. Und ebendas führt mich auf den Gedanken, ob nicht Julian mit dem Ausdruck Sponsores das Beispiel auch in dem Sinne variieren wollte, daß er dem im ersten Satz gegebenen Fall einer (aktiven) *Korreal*obligation jetzt den einer (passiven) *Partial*obligation (d. h. einer solchen mit *gesetzlicher* Teilverpflichtung) entgegenstellen wollte? Der kleine Sprung, der in dieser doppelten Umsetzung (nämlich von der Gläubiger- auf die Schuldnerseite und von der korrealen zur partialen Haftung) gelegen war, würde dadurch ausgeglichen, daß das Beispiel sehr viel praktischer und packender wurde: denn der Fall, daß *Korreal*schuldner nur jeder pro parte leisten, ist zufällig und daher seltener, während bei den teilhaftenden Sponsionsbürgen die Erscheinung alltäglich war. Darum war ihre Behandlung offenbar auch allgemein bekannt und gerade darin, d. h. im Hinweis auf ein bekanntes Paradigma, könnte der Zweck des mit 'Nam' eingeleiteten Satzes liegen. — Dabei setze ich natürlich voraus, daß die Teilhaftung der lex Furia auch bei andern als Geldschulden eintrat; dagegen besteht aber auch kein Bedenken.

Tatsache erkannt. Man hat nämlich, wahrscheinlich getäuscht durch den Umstand, daß in historischer Zeit spondere doch auch eine Tätigkeit des Hauptschuldners bezeichnet, eine Frage aufzuwerfen unterlassen, die sich meines Erachtens angesichts unserer Terminologie fast mit Notwendigkeit aufdrängt, und diese geht dahin, *ob es nicht eine Zeit gegeben hat, wo das Spondere eben bloß eine Tätigkeit des Bürgen darstellte.*

Die Tatsache, daß der Bürge schlechthin Sponsor heißt und der Hauptschuldner nicht, führt demgemäß zu der Frage, ob das spätere 'Spondere' des Hauptschuldners nicht eine historisch sekundäre Bildung repräsentiert.

III.

Kehren wir nun zu den Praedes und Vades zurück, so finden wir hier eine Erscheinung, welche Mommsens Scharfblick schon vor mehr als einem halben Jahrhundert erkannt hat.[1]) In seinem Kommentar zu den spanischen Stadtrechten findet sich die Bemerkung, daß die älteste Bürgenstellung die Haftung des materiellen Verpflichteten — wir wollen ihn kurz Hauptschuldner nennen, obwohl die Bezeichnung nicht recht paßt — durchweg ausschließt. Man kann dies vielleicht so ausdrücken: der älteste Bürge ist nicht Bürge im heutigen Sinne, sondern Geisel.

Es wäre eine interessante Aufgabe, diese Erscheinung durch die Rechte anderer bekannter Völker zu verfolgen, was übrigens teilweise auch schon geschehen ist; wir werden unten darauf zurückkommen, daß gleiche Erscheinungen insbesondere auch im deutschen und griechischen Recht sich finden. Für das älteste römische Recht wird sie in der Tat durch sichere Zeugnisse zur Evidenz erwiesen.[2])

[1]) Stadtrechte 466 ff. Merkwürdigerweise hat Ihering in der Vorrede zur 4. Auflage des dritten Bandes vom „Geist" dieselbe Auffassung, „mit der er seines Wissens ganz allein stehe" (p. XII), drei Jahrzehnte später noch einmal entdeckt und mit großer Lebhaftigkeit als fundamentale Neuheit bekanntgegeben, worin übrigens jeder, der Iherings absolute Loyalität in diesen Dingen kennt, lediglich ein Symptom mangelnden Gedächtnisses erblicken wird. — [2]) Das gesamte Quellenmaterial über die Praedes geben (für ihre Zeit) Rivier, Cautio praedibus praediisque 1863 und Göppert, Z. R.-G. 4.

Das Stadtrecht von Malaca hat an jener Stelle, welche Mommsen bei seiner Bemerkung im Auge hatte (c. 63—65), die Verpachtung der städtischen Vektigalia und Verdingung der Ultro Tributa zum Gegenstand. Hierbei wird bestimmt, daß der Pächter für den Pachtzins Praedes (und Praedia) stellen soll, und es wird nun festgelegt, wie im Fall vorkommender Rückstände die Gemeinde sich an die Praedes und Praedia halten soll: von einer Realisation ihres Anspruchs gegen den Pächter selbst ist gar keine Rede.

Ich gebe zu, daß dieses Zeugnis, wenn es allein stände, noch nicht voll beweisend wäre, indem man immer sagen könnte, daß die Personalhaftung gegen die Realkautionen praktisch so zurücktritt, daß man sie vernachlässigen konnte. Seine volle Bedeutung erhält es jedoch durch die Vergleichung der Bürgenstellung im dinglichen Sakramentsprozeß.

Hier sagt Gajus 4, 16, indem er die Vindizienerteilung bespricht:

> Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod in publicum cedebat.

---

249 ff.; für die Vades Voigt, Abh. d. sächs. Ges. d. Wiss. 1881, 299 ff. — Über das Verhältnis der Begriffe von Praes und Vas kann in diesem engen Rahmen nicht gehandelt werden. Mommsen hat an dem S. 120 A. 1 a. a. O. 468 behauptet, daß die praedes immer nur dem Staat (resp. der autonomen Munizipalgemeinde) gestellt werden. Damit sind schon die praedes litis et vindiciarum, welche der Prozeßgegner erhält, nicht zu vereinigen. Wenn außerdem sich praedes für Privatpersonen finden bei Plautus, Menaechm. 4, 2, 23 ff.; Cic. ad Att. 6, 1, 8; 9, 9, 4; 13, 3, 1, so wird hier praes freilich nur ein anderer Name für Sponsor sein; aber er hätte kaum verwendet werden können, wenn es private Praedes nie gegeben hätte. Insofern ist also zwischen praes und vas kein nachweislicher Unterschied vorhanden. — Immerhin erscheinen die vades in historischer Zeit regelmäßig im Prozeß als Gestellungsbürgen, aber bei Cic. ad Brut. 1, 18 erscheint vas wieder in der Bedeutung von praes. — Über die Etymologie von praedes (praevides? [von praevidere] arg. l. agrar. l. 46. 47 oder prae-vades?) herrscht Streit; unmöglich ist die antike Ableitung von praestare, Festus v. manceps.

Hier ist die Tatsache, daß nur die Praedes haften, evident: denn der Kavent ist ja durch keine Rechtstatsache persönlich verhaftet; soweit es sich um die Kaution für die Lis und Vindiciae handelt, folgt dies schon aus der Natur des *dinglichen* Prozesses und ebenso ist es klar, daß eine persönliche Haftung der Parteien für die Sakramentssumme an sich nicht begründet ist. An irgendeiner andern Tatsache, welche diese Haftung herstellen würde, fehlt es aber durchaus: es haften ausschließlich die Praedes.

Wie zum Überfluß, um jeden denkbaren Skrupel niederzuschlagen, schließt sich dem noch der Umstand an, daß im späteren dinglichen Sponsionsprozeß die Kaution des beklagten Besitzers für die Erfüllung des Urteilsanspruchs den Namen führt: Stipulatio pro praede litis et vindiciarum, Gai. 4, 91. Das heißt: in dieser jüngeren Entwicklungsphase, wo es bereits dahin gekommen ist, daß der Beklagte sich persönlich (natürlich mit Bürgen) für die Erfüllung des Judikats haftbar macht, tritt dieses sein stipulatorisches Versprechen *an den Platz* der alten Geiselstellung: es ist „persönliche Garantieübernahme als Geisel".

Eine drastische Illustration erfährt dieser Charakter der ältesten Geiselstellung dadurch, daß im puteolanischen Gemeinde-Baukontrakt der Unternehmer[1]), indem er — ähnlich wie es für die Malacitanischen Gemeindepächter vorgeschrieben ist — für seine Verpflichtungen Praedes stellt, sich selbst als ersten Praes bezeichnen läßt: „C. Blossius Q. F. HS MD (sc. redemit). Idem praes." Und damit steht in genauer Übereinstimmung eine Notiz des Festus:

> 'Manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve qui 'idem praes' dicitur, quia tam debet praestare populo quam qui pro eo praes factus est.'

Hier wird mit dürren Worten gesagt, daß der Unternehmer sich selbst als Praes bezeichnet, weil er ebenso haftet, wie sein Praes. Man beachte die Logik: nicht der Bürge soll haften wie der Unternehmer, sondern der Unternehmer wie der Bürge. Die Haftung des Bürgen gilt als das Primäre, die des Manceps als das Sekundäre, Nach-

[1]) Bruns, Font.[6] A. 142 p. 332; dazu Wiegand in den Jhb. für klass. Philol. 20. Suppl.-Bd. 684, 688 f.

gebildete, und diese sekundäre Haftung wird erst erzeugt dadurch, daß der Manceps in die Rolle, „sein eigener Bürge" zu sein, eintritt.

Eine neuerliche Bestätigung erfahren diese Tatsachen durch das i. J. 1894 aufgefundene Fragment eines Stadtrechts von Tarent [1]), wo es (lin. 9) vom Quatuorvir und Aedilis heißt, er habe für die übernommenen Gemeinde- und Tempelfonds Sicherstellung zu leisten '*quei pro se praes stat* praedes praediaque ad IIII vir(um) det', also indem er nebst anderen sich selbst zum Bürgen für die Leistung zu stellen habe.

Was hier für den Praes ausgeführt ist, wird man ohne allzu große Kühnheit auch für den Vas annehmen können. Der Name Praes wird ja von manchen Etymologen auf Praevas zurückgeführt.

Wenn also ursprünglich der Praes eine Geisel ist, ein Einständer, dessen Haftung keine eigene Verbindlichkeit des Schuldners voraussetzt, so haben wir dieselbe Erscheinung auch im griechischen und altgermanischen Recht. Wir besitzen aus dem hellenischen Rechtskreis noch eine Reihe von Verkaufs-Urkunden, welche eine ähnliche Wendung aufweisen wie die ohen zitierte Formel 'idem praes'; der Verkäufer, der nach griechischer Auffassung prinzipiell Garanten für die Gewährschaft *(βεβαιωταί)* zu stellen hat [2]), stellt als ersten und einzigen *βεβαιωτής* sich selbst, eine deutliche Reminiszenz daran, daß ursprünglich er selbst gar nicht, sondern nur die *βεβαιωταί* gehaftet haben. Und für das altgermanische Recht steht es heute außer Zweifel, daß das Urteilserfüllungsgelöbnis, die 'fides facta', ursprünglich durch Geiseln geleistet wurde, ohne daß eine entsprechende Verpflichtung des Beklagten daneben herging; die Geiseln haften wie Pfänder (vadia) [3]). Wenn, wofür eine bedeutende

[1]) Publiziert von de Petra und Scialoja in den Monum. dei Lincei 6 (1896), dazu Mommsen, Verm. Schr. 1, 157. — [2]) Pap. Leyd. M col. 2 lin. 6, N col. 11 lin. 6, Pap. du Louvre, Notices et Extraits, Bd. 18, 2 Nr. 17 lin. 14, Pap. Grenfell 1, 33 lin. 25; 36 lin. 8 u. a., Reichsrecht und Volksrecht p. 179. — [3]) Hierüber sowie zu den folgenden Verweisungen auf das germanische Recht vgl. Sohm, Recht der Eheschließung 41 f.; Val de Lièvre, Launegild 186. 244 f.; Heusler, Institut. 2, 232, 250 f.; Schröder, Deutsche Rechtsgesch. 56 f.; Brunner, Ztschr. f. Handelsr. 22, 102, 513; P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis.

Wahrscheinlichkeit spricht, die Etymologie von wadium, griechisch ἔγ-γυος, vas und praes (prae-vas?)[1] die gleiche sein sollte, würde die ursprüngliche Einheit des Geiselbegriffs noch stärker hervortreten.

Aus den oben angeführten Quellen ergibt sich aber gleichzeitig, daß auch in Rom und Griechenland ein ähnlicher Prozeß vor sich gegangen ist wie in den germanischen Rechten; es kommt eine Zeit, wo der Beklagte neben den Geiseln sich selbst als Geisel stellt, die Zeit der „Selbstbürgschaft".

IV.

Was im vorigen Abschnitte gesagt wurde, sind Tatsachen, die den heutigen Romanisten bekannt sein werden und deren kurze Zusammenfassung ich nur darum nicht umgehen konnte, weil die Grundlage der jetzt aufzustellenden Vermutungen klar und fest gelegt werden mußte.

Diese Vermutungen gehen aber dahin, daß die römische Sponsion gerade aus diesen Kautionen erwachsen ist. Ich wage die Hypothese, daß die Sponsion nichts ist als die umgebildete, von ihrem ursprünglichen prozessualen Boden losgelöste Selbstbürgschaft.

1. Es sei gestattet, hier zunächst eine Bemerkung allgemeinen Inhalts vorauszuschicken.

Die Kaution für die gerichtliche Gestellung heißt bei den Römern bekanntlich Vadimonium. Nun wird das Vadimonium in alter Zeit, wie der Name besagt, durch Vades, in klassischer Zeit durch Sponsio und Sponsores geleistet. Wenn nun dieser letztere Vorgang als Vadari, Vadimonium bezeichnet wird, ist da nicht eigentlich eine mathematische Gleichung hergestellt? Man müßte ja eine förmliche Revolution in der Geschichte der prozessualischen Kautionen annehmen, um das stipulatorische Versprechen des klassischen Vadimonium von der alten Stellung von Praedes oder Vades zu trennen. Es müßte angenommen werden, daß für dieselben Garanten, die ursprünglich als Praedes oder Vades nach dem oben geschilderten eigentümlichen Recht gestellt wurden, später — man weiß nicht warum — eine ganz neue Form

[1] Freilich nicht ganz unbestritten (oben S. 121 A. 2).

der Garantieübernahme geschaffen wurde. Und dabei hätte diese neue Form den alten Namen beibehalten! Ist es da nicht schon an sich viel naheliegender, statt der Revolution eine bloße Evolution anzunehmen und zu glauben, daß die Sponsion nicht etwas von der Geiselstellung Verschiedenes, sondern eben aus der alten Geiselstellung selbst herausgewachsen ist?

Man wende nicht ein, daß bei der Stipulatio pro praede litis et vindiciarum der Fall einer wirklichen Verdrängung der Praedes durch die Sponsion sogar nachweisbar sei. Gewiß! Aber hier hat die stattgehabte Umwälzung auch sofort im Namen ihren Ausdruck gefunden und sie ist auch sachlich begreiflich, weil die Einführung der Stipulatio pro praede eben mit der Einführung eines neuen Vindikationsverfahrens zusammenhängt. Für dieses mußte eine neue Ordnung aufgestellt werden und da ist es nur natürlich, daß, wenn damals aus der Prädesstellung schon die Selbstbürgschaft, also die Sponsio in ihrer späteren Gestalt erwachsen war, man das Institut gleich so taufte, wie es damals beschaffen war. Daraus folgt aber natürlich nicht das mindeste dagegen, daß im übrigen die Umwandlung von selbst vor sich ging.

Und ebensowenig ist daraus, daß noch Gajus von den Praedes zu berichten weiß, zu folgern, daß ihre Eigenart so lange bestanden haben muß, daß dies mit der Entwicklung der Stipulation chronologisch nicht zu vereinbaren wäre. Denn abgesehen davon, daß *der* Prozeß, den Gajus 4, 16 schildert, wirklich ein sehr alter ist, kann man es auch keineswegs ausschließen, daß auch hier der Vindizienempfänger in den späteren Entwicklungsstadien dieser Prozeßform sich selbst nebst den andern Praedes als Praes bezeichnete, so daß Gajus nur die abstrakte Theorie des Vorganges berichten würde, welche praktisch bereits modifiziert war.

2. Indessen ist es mit dieser Erwägung über das Vadimonium noch nicht getan und nicht sie ist es, welche mich auf meine Vermutung geleitet haben würde. Der maßgebende Punkt war für mich zunächst ein anderer.

Erinnern wir uns an das unter II Gesagte. Dort wurde betont, wie es auffallend ist, daß der römische Bürge und er allein, nicht auch der Hauptschuldner, Sponsor heißt. Darin scheint, wie dort gesagt wurde, ein Fingerzeig dafür zu liegen, daß ursprünglich das Spondere eine Tätigkeit des Bürgen allein ist. Wenn in der klassischen Zeit der Hauptschuldner gleichfalls spondiert, so hat er gelernt, zu tun, was ursprünglich dem Bürgen allein zukam, das heißt, das Spondere des Hauptschuldners ist ein dem des Bürgen nachgebildetes.[1])

[1]) Der Schilderung der Entwicklung, wie sie in der gründlichen und kenntnisreichen Schrift von Levy (oben S. 118 A. 2) gegeben ist, kann ich nur ablehnend gegenüberstehen; doch darf an einer Theorie, die sich mit unserm Thema so nahe berührt, nicht stillschweigend vorübergegangen werden. Levy geht wie ich von der Tatsache aus, daß der Bürge nur Sponsor ohne ein den akzessorischen Charakter kennzeichnendes Distinktiv genannt wird; aber seine Schlußfolgerungen aus dieser Erscheinung sind ganz andere als die meinen. Er steht auf dem Boden der alten Sakraltheorie, meint, daß ohne weiteres auch der Hauptschuldner Sponsor heißen kann (obwohl er zugibt, daß der überlieferte und regelmäßige Sprachgebrauch damit nicht übereinstimmt) und folgert daraus: Also ist der Bürge ursprünglich Korrealschuldner. Ja, er kann eigentlich gar nichts andres sein: Denn wenn man sich gewöhnlich vorstellt, die Sponsionsbürgschaft sei in der Weise eingegangen worden, daß erst die Sponsion des Hauptschuldners erfolgt, dann eine auf 'Idem dari spondes' lautende des Bürgen, so sei zu entgegnen, daß bei diesem Modus notwendig Novation eingetreten wäre. Daher müsse noch in der klassischen Zeit die Bürgschaft in der für die Korrealstipulation vorgeschriebenen Form (J. 3, 16 pr.) begründet werden, d. h. der Bürge nach seinem Idem dari spondes gefragt werden, noch *ehe* der Hauptschuldner für seine eigene Person zugesagt hat. Also ist der Begriff des Sponsionsbürgen zunächst nur ein sozialer und moralischer: es ist formell ein Korrealschuldner, den man jedoch moralisch als bloßen Garanten ansieht. *Juristische* Erkennbarkeit hat der Gegensatz von Hauptschuldner und Sponsionsbürgen durch die lex Cicereja (Gai. 3, 123) bekommen, indem dieselbe den Gläubiger verpflichtet zu erklären, wieviel Bürgen er annehme; und diese Erkennbarkeit war damals um so dringender geworden, als schon früher das Appulejische und Furische Gesetz für die Bürgen gewisse Rechtswohltaten eingeführt hatten. — Ich bedaure, in dieser Schlußfolgerung jedes Glied für sich bezweifeln zu müssen. Daß der Ausgang von der Sakraltheorie für mich nicht existiert, ist klar; ebenso bestreite ich den Satz, an dem eigentlich alles hängt, daß Sponsor neben dem Bürgen, u. z.

Es braucht nicht vieler Worte, um die vollkommene Analogie zu dem im vorigen Paragraphen Ausgeführten darzutun. *Die Terminologie der Sponsionsbürgschaft ist die genaue Parallele zu den Erscheinungen im Recht der Praedes.* Wie hier der Praes ursprünglich allein haftet und später der Hauptverpflichtete die Mithaftung in der Weise übernimmt, daß er genau in die gleiche Stellung tritt wie der Praes — idem Praes —, so spondiert hier zunächst nur der Bürge und erst später kommt das Mitspondieren des Hauptschuldners dazu.

von Haus aus, noch den Hauptschuldner bedeutet. L. selbst gibt zu, daß das zweifellos nicht der regelmäßige Sprachgebrauch ist; aber „ganz *verschwunden* (?) war der Gebrauch für den prinzipalen Schuldner *sicherlich* nicht und wenn es nach den Quellen doch diesen Anschein gewinnt, so ist es das Werk der auf diesem Gebiet ja so eifrig tätig gewesenen Kompilatoren". Wenn nur erst das Vorhandensein des „verschwundenen" Sprachgebrauchs als eines ursprünglichen nachgewiesen wäre: aber es besteht nicht die Spur davon. — Daß eine an die *fertige* Sponsion des Hauptschuldners sich anschließende Sponsion des Bürgen auf Idem dari spondes hätte novierend wirken müssen, wäre doch erst zu beweisen. Freilich kennen wir die Sponsionsformel nicht; aber daß 'Idem' eine Koexistenz andeutet und nicht eine Surrogation (wie das bekannte 'id quod Sejum dare oportet tu dare spondes'), ist eine Annahme der herrschenden Lehre, der keine inneren Bedenken entgegenstehen und die jedenfalls viel geringere Schwierigkeiten hervorruft, als alles was an ihre Stelle gesetzt werden kann. Absolut sicher ist jedenfalls, daß die Unitas actus zwischen Hauptschuld und Bürgschaft in späterer Zeit nicht mehr verlangt wird, wie die Straßburger Ulpianfragmente zeigen, wonach für ein und dieselbe Schuld der eine Sponsor in Italien, der andere in der Provinz beitreten kann; statt dies für ein Argument gegen die Novationswirkung einer Bürgschaftssponsio auf 'Idem' anzuerkennen, nimmt Levy an, die Novation sei hier nur dadurch ausgeschlossen gewesen, daß man den Bürgschaftscharakter gemäß der lex Cicereja „praedizierte". Wie das aber möglich war, wenn, wie Levy behauptet, das Wort 'Sponsor' ebensogut den Hauptschuldner bedeutete wie den Bürgen: d. h. wie man an der Praediktio 'Sponsorem te accipio' erkannte, daß der Versprechende 'Sponsor der Bürge' und nicht im Sinne einer Novation 'Sponsor der Hauptschuldner' werden sollte, gibt Levy nicht an. — Die Behandlung von Gai. 3, 178 — S. 88 — beruht auf mißverständlicher Auslegung dieser Stelle. — Ganz unglaublich ist m. E., daß der Begriff des Bürgen ursprünglich ein bloß sozialer war: namentlich da L. selbst annimmt, daß man für diese juristisch gar nicht zu fixierende Personenklasse besondere Ge-

Damit steht auch eine alte Definition des Aelius Gallus im Einklang, welche von jedem anderen Standpunkt aus unverständlich erscheint. Sie ist überliefert bei Festus v. Reus:

> Reus stipulando est idem, qui stipulator dicitur, quive suo nomine ab altero quid stipulatus est, non is qui alteri adstipulatus est. Reus promittendo est, qui suo nomine alteri quid promisit, quive pro altero quid promisit.

Es kann kaum Zufall sein, daß man auf der Gläubiger- und Schuldnerseite ganz verschiedene Terminologien handhabte: dort wird zwischen Haupt- und Nebengläubiger scharf unterschieden, hier deckt beide ein und dieselbe Bezeichnung — und diese Tatsache wird von einem so alten, dem Verdacht eines Mißverständnisses entrückten Gewährsmann wie Gallus nachdrücklich hervorgehoben. Damit steht es so.

Es wäre sehr begreiflich, daß, sobald das Spondieren des Hauptschuldners üblich geworden war, sich infolge-

setze gegeben hat (Furia und Appuleja), von denen die erstere die Haftung dieser „Korrealschuldner, die es eigentlich nicht sind", für eine unvererbliche erklärt. Nicht einmal ein modernes Gesetz würde der offenbar doch nur internen Frage, ob ein Korrealschuldner materiell beteiligt oder bloß Bürge ist, *dem Gläubiger gegenüber* irgendeine Bedeutung einräumen; wo käme man da hin? — Und nachdem endlich die lex Furia für die Bürgen, die es noch gar nicht gab, Rechtswohltaten geschaffen hatte, sah sich zum Schluß die lex Cicereja veranlaßt, den Bürgschaftsbegriff nun auch wirklich zu schaffen. Der Sinn, den L. in letzteres Gesetz hineinlegt, kann darin nur bei der Annahme gefunden werden, daß Gajus sich nicht auszudrücken wußte; denn daß das, was er danach sagen soll, mit ganz anderen Worten zu sagen war, liegt auf der Hand. Natürlich ist für Levy der Sinn unannehmbar, den man gewöhnlich der Vorschrift beilegt — nämlich daß jeder Bürge rechtzeitig erfahren soll, wie groß sein Virilteil der Haftung sein wird —; denn da L. eine wahre Korrealstipulation annimmt, hat jeder Bürge, *noch ehe* er antwortet, gehört, an wieviel Personen die Frage sich richtet, und wenn es weniger sind als er erwartet, sagt er eben nicht zu. Hält man aber die herrschende Auffassung fest, so kann es einem Bürgen, *nachdem* er bereits zugesagt hat, widerfahren, daß der Gläubiger mit weiterem Fragen innehält und so seine Haftung vergrößert; dagegen wird er durch die Anfechtungsmöglichkeit der lex Cicereja geschützt: denn daß lügenhaftes Praedicere *kein* Praedicere war, braucht nicht auseinandergesetzt zu werden.

dessen auch die Sitte ausgebildet hätte, den Unterschied zwischen ihm und dem Bürgen schon äußerlich hervortreten zu lassen. Darum hat es kein Bedenken, anzunehmen, daß man den Bürgen jetzt erst nach der mit dem Reus geschlossenen Sponsion durch ein 'Idem tu quoque dare spondes' beitreten ließ, wie das die herrschende Lehre auch als die klassische Form der Sponsionsverbürgung ansieht. In den Anfängen der Selbstbürgschaft aber mag das anders gewesen und die Zusage des Bürgen mit der des Hauptschuldners auf einer Stufe gestanden, d. h. eine korreale gewesen sein, also so, daß der Gläubiger an beide zusammen nur eine Frage richtete und sie diese, sei es unisono, sei es sukzessive beantworteten. Aus dieser Zeit mag die von Gallus Aelius geschilderte Terminologie herrühren.

Zu der Zeit, wo er selbst lebte, war vermutlich die Verwandlung des Bürgen aus einem korrealen in einen akzessorischen Schuldner schon eingetreten: denn die republikanischen Bürgschaftsgesetze, die etwa ins sechste Jahrhundert der Stadt fallen, setzen voraus, daß man den Sponsor vom Reus mit juristischer Präzision unterscheiden konnte (oben S. 127 [unten]) und das war bei Korrealschuldnern unmöglich. Indessen wird es dadurch keinesfalls unbegreiflich, daß Gallus Aelius noch die ursprüngliche Terminologie festhält. Denn diese war einmal da, und es ist keineswegs unerhört, daß die Sprache einen erstarrten Ausdruck weiterträgt, auch nachdem der Boden unter ihm geschwunden ist.

3. Der unter 2 nachgewiesene Parallelismus ist aber nicht der einzige, der zwischen Sponsion und Praedesstellung ein Band herstellt. Es kommt noch ein anderer hinzu, welcher mir sehr wesentlich erscheint und dieses ist die Form.

Über die Form der Praedesstellung berichtet Festus u. a.:

> Praes est is qui populo se obligat interrogaturque a magistratu si praes sit; ille respondet: Praes.

Aus diesem Bericht ersehen wir, daß der Praedesstellung für publizistische Kontrakte genau dieselbe Form für Frage und Antwort charakteristisch ist, welche die Sponsion aus-

zeichnet. Auch in diesem Punkt herrscht also Übereinstimmung.

Nun ist freilich eines zu bemerken: Der Sponsion ist eben das Stichwort Spondeo eigentümlich und dieses vermissen wir bei Festus.

Aber ein Argument gegen den Zusammenhang beider Institute ergibt dies nicht; denn es läßt sich die Frage aufwerfen, ob die von Festus mitgeteilte Frageformel die korrekteste ist. Wir wissen doch auch von der Stipulation, daß hier die bestimmten *Stichworte* für Frage und Antwort in der Kaiserzeit durchaus nebensächlich geworden sind; die Juristen heben hervor, daß jede Frage und korrespondierende Antwort genügt, also auch Dabis, Dabo? Facies? Faciam. Kann da das Referat eines Nichtjuristen, der die üblichen Formen des eiligen Geschäftsverkehrs wiedergibt — er sagt nicht einmal 'Praes sum', sondern bloß 'Praes', was gewiß nicht offiziell ist — einen Beweis bilden, daß bei der staatlichen Praedesstellung das Wort Spondeo von jeher und immer gefehlt hat? Übrigens mag es wohl sein, daß, wenn der *Magistrat* Praedes empfing, hier ein bestimmtes Stichwort vielleicht nie entwickelt worden oder doch schon sehr früh abgekommen ist, denn die weitgehende Formfreiheit des publizistischen Verkehrs ist bekannt.

Überhaupt aber wäre es zwecklos und hieße der Hypothese mehr zumuten als sie leisten kann, wenn man über den *Inhalt* der Frage an die Praedes und Vades Untersuchungen anstellen wollte. Für die *Hypothese* ist eben schon das eine Grundlage, daß in späterer Zeit das Spondeo in den gerichtlichen Kautionen sicher vorkommt und daß kein Umstand vorhanden ist, der entgegenstünde, ihm ein hohes Alter zuzuschreiben. Wie dann die Frage im einzelnen gelautet haben mochte, ob auf 'dari spondes' oder auf 'vadem te esse spondes', das alles wären törichte Fragen. Die Hauptsache bleibt eben die Idee, daß die Sponsio nicht, wie man heute wohl anzunehmen scheint, auf rätselhafte Weise der alten Praedesstellung substituiert worden ist, sondern daß sie in ihr in irgendeiner nicht näher zu ermittelnden Weise eingeschlossen war.

Und jedenfalls bleibt, wie gesagt, die eine Tatsache auch direkt nachweisbar, welche sehr auffallend ist, daß in der Form von Frage und Antwort die historische Sponsion und die Praedesstellung sich decken.

Auch kann vielleicht noch darauf hingewiesen werden, daß die Sponsion keine Zeugen erforderte. Sie teilt diese Eigentümlichkeit, welche sie von fast allen materiellrechtlichen Akten, nämlich von allen Gesta per aes et libram und der Eheschließung trennt, mit der In Iure Cessio. Diese ist ein gerichtlicher Akt, wo die Anwesenheit einer bestimmten Zeugenzahl durch die Intervention des Magistrats ersetzt wird. Es ist wohl möglich, daß der bei einem Formalakt wie die Sponsion immerhin seltsame Mangel der Solennitätszeugen mit ihrer gerichtlichen Herkunft zusammenhängt. Indessen gestehe ich, daß ich auf diesen Punkt wenig Gewicht lege.

4. Welchen Inhalt die Haftung der alten Praedes und Vades gehabt hat, darüber sind wir bekanntlich auf Vermutungen angewiesen. Man nimmt wohl, und mit bedeutender Wahrscheinlichkeit, an, daß diese Haftung eine pfandartige gewesen ist, indem der Praes bei Nichtzahlung in die Schuldknechtschaft fiel; man fügt hinzu, daß das Verfahren ein exekutives gewesen sein, d. h. ein vorgängiges Urteil gegen den Praes nicht zur Voraussetzung gehabt haben wird.[1])

Das ist alles wohl möglich und für die gerichtliche Wadiation an sich wahrscheinlich, während man für die außergerichtliche etwas bedenklicher sein wird. Aber wie immer dem sei, keinesfalls steht es dem genetischen Zusammenhang mit der späteren Sponsio entgegen, daß diese den exekutiven Charakter nirgends aufweist; er wird eben, soweit er überhaupt vorhanden war, abgestreift, d. h. ge-

[1]) So vor allem Mommsen a. a. O. (S. 120 A. 1), dem die Späteren jedoch darin wohl mit Recht widersprochen haben, daß er diese exekutive Haftung mit persönlicher Verknechtung noch in den Stadtrechten unmittelbar bestätigt findet. — Das noch in später Zeit vorkommende Vadimonium recuperatoribus suppositis (Gai. 4, 185) wird man kaum für einen Nachklang jener Exekutivhaftung ansehen dürfen; sonst wäre es nicht auf Ausnahmsfälle beschränkt.

setzlich abgeschafft worden sein. Letzteres muß mindestens für außergerichtliche Wadiationen schon ziemlich früh geschehen sein, wenn es, wie gesagt, bei ihnen überhaupt notwendig war; denn es ist nicht die leiseste Spur von einstiger Exekutivkraft der gewöhnlichen Stipulation vorhanden. Eher läßt sich fragen, ob nicht wenigstens die gerichtliche *Gestellungskaution* längere Zeit den Exekutivcharakter beibehalten hat; doch ist eine sichere Antwort auch hier kaum möglich.[1]) Und jedenfalls muß man sich hüten, diese Veränderung mit der lex Aebutia in Verbindung bringen zu wollen; obwohl Gellius 16, 10, 8 die Vades zu den Gegenständen zählt, die 'lege Aebutia lata' zur Ruhe bestattet worden sind, ist doch für jeden, der die Stelle im Zusammenhang liest, einleuchtend, daß er einen unmittelbaren Zusammenhang nicht behauptet, sondern nur meint, daß durch jenes Gesetz der modernen Rechtsentwicklung freiere Bahn geschafft und damit die 'duodecim tabularum antiquitas' erloschen ist. Zu dieser zählt der Jurist, den Gellius zitiert, auch die Vades, über welche die Zwölftafeln irgendeine Bestimmung gehabt haben mögen; mehr kann man aus dem wenig klaren Zitat nicht entnehmen.

Mit der Abschaffung der Exekutivkraft aber war die Umwandlung der Stellung des Vas in die des gewöhnlichen Stipulationsschuldners von selbst gegeben. Denn mußte gegen den Vas Klage erhoben werden, so war er von selbst in der Stellung, wie der spätere Sponsor: weniger als Personalexekution drohte ja auch diesem nicht.

---

[1]) Man kann *vielleicht* noch bei Plautus Spuren eines exekutiven Verfahrens gegen (offenbar als gerichtlich gestellt zu denkende) Vades finden wollen: Bacchides 2, 2 v. 2 sq.: 'ita me vadatum amore vinctumque attines'. — Epidic. 5, 2, 17 f.: Ep.: 'Nec tibi supplico. Vincire vis? hem, ostendo manus. Tu habes lora; ego te emere vidi. Quid nunc cessas? Colliga! Per.: Ilicet. Vadimonium ultro hic mihi facit.' Da die lex Vallia vielleicht in die zweite Hälfte des 6. Jahrh. gesetzt werden kann (vgl. Girard, Z. Sav.-St. 14, 42, dessen Argumente im einzelnen ich hiermit freilich nicht unterschrieben haben möchte), also ganz wohl jünger sein kann als der Epidicus, den man zirka 589, und die Bacchides, die man etwa auf 567 ansetzt, ist es nicht ausgeschlossen, daß erst mit diesem Gesetz die Gestellungsbürgschaft ihren exekutiven Charakter einbüßte.

Wenn sich in dieser Beziehung die Umwandlung der 'Wadiation' in die Stipulation leicht vollziehen konnte, ist schließlich noch die Frage nach dem Verhältnis mehrerer für dieselbe Haftung bestellter Vades zu erörtern. Hier wissen wir das eine, daß Solidarität der Haftung jedenfalls nicht *absolut* notwendig war; denn wie Livius zeigt, *konnten* im Strafprozeß mehrere Vades für die Kautionssumme so bestellt werden, daß jeder nur für einen Mannsteil haftete[1]), und damit hängt *vielleicht* auch das Institut der Subvades zusammen, dessen Gellius gedenkt.[2])

Natürlich liegt aber darin, daß bei den Vades Teilhaftung *möglich* ist, kein Widerspruch dagegen, daß die älteren Sponsoren bis auf das Furische Gesetz solidarisch haften können. Es ist zunächst zu bemerken, daß letzteres sicher nur *fakultativ* ist; denn daß die Sponsoren auch nur auf einen *Teil* der Hauptschuld verbindlich sein können, sagt Gajus ausdrücklich (3, 126). Es stand daher nichts im Wege, auch mehrere Sponsoren pro parte zu verpflichten. Und umgekehrt, es findet sich kein ausreichender Grund, die Möglichkeit solidarischer Wadiation in Abrede zu stellen. Es wird hier alles auf die Parteienverabredung angekommen sein.

5. Endlich noch ein Wort über die Vererblichkeit dieser Haftungen. Man wird geneigt sein, die Verpflichtung der Praedes und Vades wenigstens für die älteste Zeit von der Vererbung ebenso auszuschließen, wie es für jene der späteren Sponsores und Fidepromissores bezeugt ist.

Insbesondere ist nicht daran zu denken, daß letzteres erst auf einem erst später erlassenen Gesetz beruht. Wäre dies, so würde Gajus, der die die Bürgschaft betreffenden Gesetze mit großer Einläßlichkeit aufzählt, die Quelle nicht verschwiegen haben. Eben darum kann man auch an Herkunft der Regel aus den Zwölftafeln nicht denken.

Ist vielleicht in der Unvererblichkeit der Bürgenhaftung eine letzte Spur eines Rechtszustandes zu finden, in welchem *alle* Schulden unvererblich waren? Ja vielleicht die Kontraktsschulden nur denkbar waren als durch Geiselstellung

[1]) Liv. 3, 13, 6: 'Vades dari placuit; unum vadem MMM aeris obligaverunt.' — [2]) Gell. 16, 10, 8.

bekräftigte? Und aus welchem Zustand heraus sich erst allmählich die vererblich werdende Haftung des materiell Beteiligten von der unvererblich bleibenden seiner Geiseln differenzierte? Aber solche Verhältnisse müßten in der Urzeit liegen: gerade die Tatsache, daß Gajus die Zwölftafeln nicht als Quelle der bloß persönlichen Haftung des Bürgen heranzieht, beweist, daß dieser Punkt schon früher erledigt gewesen sein muß und widerlegt hiermit auch die Lehre Jener, welche die Haftung des Erben für die (nicht bürgschaftlichen) Nachlaßverbindlichkeiten gerade auf jenes Gesetz zurückführen.

V.

> 'At illa verborum obligatio' 'Dari Spondes? Spondeo' adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voca figurata esse. Unde dicitur, uno casu hoc verbo peregrinum obligari posse veluti si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace interroget 'Pacem futuram spondes?'

So berichtet uns Gaius 3, 94, und auch in 3, 179 setzt er die völlige Nichtigkeit einer Stipulation, bei welcher ein Peregrinus das Wort Spondeo gebraucht, voraus.

Unter den vielen Tatsachen, welche mit dem sakralen Urprung der Stipulation unvereinbar sind, ist diese wohl eine der schwerwiegendsten; denn daß Gelöbnisse bei den Göttern auch für den Peregrinen verbindlich sind, ist ja selbstverständlich und wird von Gajus gerade für den Fall des Friedensschlusses offenbar vorausgesetzt; denn bei diesem ist sakrale Bekräftigung üblich. Letzteres zeigt auch, daß für das Wort Spondeo nicht etwa bloß römische Götter empfänglich sind, abgesehen davon, daß diese Erklärung schon an sich kaum glaubwürdig erscheinen dürfte.

Und wäre sie es selbst! Auch dann noch bleibt die Erscheinung von diesem Standpunkt aus im höchsten Maß unbegreiflich. Denn es ist doch selbstverständlich, daß, auch wer an jene Eide oder Trankopfer glaubt, dieselben in die dunkle Vorzeit zurückverlegen und annehmen muß, daß die Abstreifung dieses religiösen Charakters und Verweltlichung

der Sponsion schon sehr frühe erfolgt sein muß. Dann aber fragt es sich, warum das so neutralisierte Wort Spondeo den Nichtbürgern fürderhin unzugänglich geblieben ist. Soll man wirklich annehmen, daß eine dunkle Erinnerung aus jener Urzeit bis in die Tage des Gajus fortgelebt und es bewirkt hat, daß jenes Wort im Munde der Peregrinen zu Gift wurde? Ich weiß wohl, daß manche Gelehrte auch heute noch gewissen lateinischen Worten eine geheimnisvolle Kraft beimessen und trotz meinen Ausführungen über das Nexum noch immer geneigt sind, dem Damnas esto der bekannten, das heißt von Huschke erfundenen Formel des Nexumdarlehns und der allerdings bezeugten Formel des Damnationslegats eine für moderne Gemüter vielleicht etwas unverständliche Macht zuzuschreiben; indessen selbst diese Schriftsteller begnügen sich doch, diesen Zustand auf eine sehr alte Zeit zurückzudatieren. Aber wer wird denn ernstlich glauben, daß noch die Juristen der Kaiserzeit solchen atavistischen Vorstellungen bezüglich des Wortes Spondeo gefolgt wären, über dessen Herleitung noch dazu verschiedene Ansichten kursierten? Es wird wohl niemand die Möglichkeit solcher Erklärung ernstlich behaupten.[1])

Die Restriktion des Wortes Spondeo auf den Bürgerkreis muß einen äußeren Anhaltspunkt gehabt haben. Denn vollkommen unerklärlich ist es, daß, während alle anderen Stichworte internationale Geltung haben, für ein einzelnes diese Anerkennung bloß um seiner selbst willen abgelehnt wurde. Es muß eine bestimmte Quelle gegeben haben,

[1]) Insbesondere kann eine Erinnerung an sakrale Kraft des Spondere auch nicht darin gefunden werden, daß an einzelnen Stellen diesem eine größere Bedeutung beigelegt erscheint als dem einfachen Promittere: Seneca ep. 19: Iam non promittunt de te, sed spondent; Cic. Phil. 5, 18, 51: Promitto, recipio, spondeo (Klimax). Auch Horaz Sat. 1, 3, 95 stellt das Negare sponsum mit dem furtum facere und prodere commissa fidei (Veruntreuung eines Depositum) auf eine Linie. Hiervon erklärt sich die erste Stelle aus dem privilegierten Regreß des Sponsionsbürgen: er hat die a° in duplum, der Fidepromissor nicht, und derselbe Gedanke liegt wohl auch in der zweiten. Die dritte zielt auf die Sukkumbenzstrafe der a° certae cred. pec., die freilich auch beim Promissum Platz greift: diese Strafe entspricht der Strafe des Duplum beim Furtum und Depositum in turba datum. — Unklares bei Karlowa, RG. 2, 703.

welcher diese eigentümliche Formalisierung des 'Spondeo' entstammt.

Wie wenn diese Quelle im Prozeß gelegen sein sollte?

Im vorhergehenden ist angenommen, daß die prozessualischen Kautionen durch Geiseln gestellt wurden, welche, sei es nun von Anfang an oder in einem späteren Stadium, ihre Haftung mit dem Stichwort Spondeo übernahmen; daß ferner in einem weiteren Entwicklungsstadium auch die Prozeßpartei selbst durch ihr eigenes Spondeo mitkavierte.

Natürlich ist nun diese Kautionsstellung als auf den Bürgerprozeß bezüglich gedacht, also den Legisaktionsprozeß (und das spätere Iudicium legitimum). Infolgedessen ist aber der Nichtbürger von der Anteilnahme an *diesem* Institut — d. h. an dem Institut in der eben bezeichneten *konkreten Anwendung* (vgl. unten, VI) — ausgeschlossen. Das ist absolut sicher, wenigstens für alle diejenigen, welche nicht etwa glauben, daß schon der alte Zivilprozeß für den Gegensatz von Bürgern und Nichtbürgern so unempfindlich gewesen sein sollte, um beiden ohne weiteres dieselben Prozeßarten zugänglich zu machen. Wer der m. E. allein richtigen Ansicht folgt, wonach die Teilnahme am Zivilprozeß nur ein getreuer Ausdruck der persönlichen Rechtsfähigkeit ist, kommt von selbst dazu, daß dieselbe durch den Besitz der bezüglichen Rechtsfähigkeit absolut bedingt ist. Nach dieser Anschauung kann aber der Nichtbürger im Bürgerprozeß nicht einmal als Kaution gestellt werden. Dies folgt in Konsequenz des Obigen daraus, daß die prozessuale Pflicht, zu deren Gunsten die Kaution gestellt wird, nur innerhalb des Bürgerkreises besteht: wie könnte ein peregrinischer Praes haftbar gemacht werden für Erfüllung einer Prozeßnorm, die ihm gegenüber gar nicht vorhanden ist?

Wie aber, wenn er doch gestellt würde?

Dann bringt eben das Wesen des alten Prozesses es mit sich, daß diese Verbürgung nichtig ist. Diese Annahme, welche zwar äußerlich durch kein mir bekanntes Zeugnis gestützt wird, glaube ich doch mit großer Beruhigung aussprechen zu können; sie folgt aus der ganzen Anlage des alten römischen Rechts. An einem rein bürgerlichen Rechts-

verhältnis kann ein Nichtbürger sich nicht giltig beteiligen, und so gut das Testament nichtig ist, wenn auch nur einer der Solennitätszeugen Peregrinus ist, so gut muß jede im Bürgerprozeß von einem Nichtbürger als Bürge geleistete Kaution schlechthin nichtig gewesen sein.[1])

VI.

Natürlich aber waren dadurch Prozeßkautionen zwischen Römern und Peregrinen nicht schlechthin ausgeschlossen. Das Gebiet, wo sie vorkamen, war der Fremdenprozeß. Im Internationalprozeß müssen die Nichtbürger den Bürgern und umgekehrt ähnliche Kautionen gestellt haben, wie sie im Bürgerprozeß üblich waren. Dieser Kautionen waren sie fähig und sie waren für sie verbindlich, beides deshalb, weil der so begründete Prozeß auf einem Rechtsschutzvertrag beruhte, den ihr eigener Heimatsstaat mit Rom geschlossen hatte.

In welcher Form wurden diese Kautionen gestellt?

Die Frage ist leicht aus allgemeinen Erwägungen zu beantworten, wenn man bedenkt, daß der Fremdenverkehr der älteren Zeit doch ganz vorwiegend sich auf die Latiner und sonstigen italischen Stammesgenossen bezog. Aller Wahrscheinlichkeit nach galt bei diesen ein dem römischen im wesentlichen gleichartiges Recht: die Stellung von Praedes und Vades wird nichts den Römern Eigentümliches, sondern nur eine Teilerscheinung des allgemeinen italischen Stammesrechts darstellen (vgl. unten, VII).

Folglich wird auch im Internationalprozeß Praedesstellung vorgekommen sein und es wird sich auch hier im Lauf der Zeit die Selbstbürgschaft der Prozeßpartei entwickelt haben.[2])

Und diese Annahme erklärt zunächst die Erscheinung, daß die Stipulation, obwohl formeller Kontrakt, im Gegensatz zu allen übrigen Formalkontrakten, welche bekanntlich den streng zivilen Charakter beibehalten haben, schon in früher Zeit als Bestandteil des Ius gentium erscheint.

[1]) Damit hängt wohl auch zusammen, daß die Bürgschaft überhaupt als *civile* officium gilt; Ulp. D. 50, 17, 2 pr. — [2]) Die Gleichartigkeit der Haftung des Hauptschuldners und Bürgen tritt auch hier darin hervor, daß der Terminus fide promittere nicht weniger für den Hauptschuldner als für den Bürgen vorkommt. Vgl. Girtanner, Stipulation 141 A. 125 u. a.; jetzt besonders Levy a. a. O. 9 f.

Was die *Form* dieser Kautionsstellung betrifft, so nehme ich an, daß Frage und Antwort auch hier typisch waren, das Stichwort aber — etwa auf 'fide mea promitto' lautend — muß sicher ein anderes gewesen sein als im Bürgerprozeß.[1]) Das wird eigentlich durch die oben zitierte Äußerung des Gajus voll bewiesen; denn sie zeigt ja, daß noch in der Kaiserzeit die Nichtbürger mit Spondeo nicht kavieren konnten. *Man würde nun, vom Standpunkt der hier vorgeschlagenen Hypothese, bloß das Kausalverhältnis beider Erscheinungen umzukehren brauchen.* Nicht *darum* kaviert der Nichtbürger im Internationalprozeß mit Promitto u. ä., weil ihm das Wort Spondeo aus innern Gründen verboten ist, sondern: *Weil* es von altersher üblich ist, daß im Internationalprozeß mit Promitto und im Bürgerprozeß mit Spondeo gebürgt wird, *darum* ist das letzte das richtige Wort nur für Bürger.

Natürlich kann eine bestimmte Erklärung dafür, warum gerade dieses und jenes Wort gewählt worden ist, nicht gegeben werden: auf das Wort kommt es aber hier auch gar nicht an, sondern nur darauf, ob die Differenz der Worte sich erklären läßt. In dieser Beziehung dürfte es aber einige Wahrscheinlichkeit haben, anzunehmen, daß man die Kaution in beiden Prozessen schon äußerlich verschieden zu gestalten trachtete. Solche Unterscheidung der Rechtsformen nach den Personenklassen ist im römischen Recht wohl auch

[1]) Das bekannte 'fide promitto' mag mit einem Handschlag zusammenhängen. Vgl. statt aller P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis 308, der auch für die Analogie des deutschen Handgelöbnisses reiches Material beibringt. Für altarisch wird die Handreichung erklärt bei Leist, Altarisches Ius civ. 1, 57 und 447. [Die Bestreitung der Etymologie durch Göppert, Z. RG. 4, 267 A. 15 scheint mir belanglos.] — Dagegen halte ich es für ganz ungesund, wenn man in der Anrufung der Fides ein rechtserzeugendes Prinzip sieht, womit namentlich Pernice (Lab. 1, 408 f. und sonst oft) operiert. Die Treue ist keine selbständig bindende Kraft, sondern nur die Abstraktion und das Schlagwort dafür, daß das Volksempfinden das Versprochene als bindend betrachtet. — Auf etymologische Untersuchungen über die Herkunft des Wortes Stipulatio, wie sie neuerlich von Schloßmann und Huvelin gepflogen worden sind, trete ich nicht ein; eine etymologische Deutung des Namens läßt sich natürlich auch von meinem Standpunkt leicht finden, bringt aber weiter keine Förderung.

sonst vorgekommen; nimmt man nicht auch an, daß die Konfarreationsehe ausgebildet worden ist, um die patrizische Ehe von der plebejischen auch äußerlich zu unterscheiden? Vielleicht war übrigens die Unterscheidung auch eine mehr zufällige, indem in Rom das Spondeo, bei andern latinischen und italischen Städten mehr das Promitto üblich war und in den internationalen Rechtsschutzverträgen das letztere für das Schema der Kautionen vorgeschrieben wurde — nicht darauf kommt es, wie gesagt, an, den Inhalt der Unterscheidung zu begründen, sondern eine Erklärung dafür zu finden, daß sie sich dauernd erhalten hat.

Diese letztere wäre aber allerdings mit der vorstehenden Hypothese gegeben. Die Kaution des Nichtbürgers im römischen Prozeß ist nach dem Obigen unzulässig; folglich war er, insofern die Stipulation auf dem Gebiet des Prozesses in Betracht kam, vom Wort Spondeo schlechthin ausgeschlossen. Nun wäre es freilich denkbar, daß, insofern man, und wohl schon früh, anfing, die Sponsion auch außer dem Prozeß zu gebrauchen, der Peregrinus wenigstens des außerprozessualen Spondeo fähig geworden wäre. Es ist aber immerhin glaublich, daß man dies mit Rücksicht auf das prozessuale Schema abgelehnt hat, und wenn man die weitreichende Verwendung bedenkt, welche die Prozeßkautionen während der gesamten Kaiserzeit behalten haben, wird man es keinen bloßen Atavismus nennen dürfen, daß dieser Rechtssatz sich fortwährend aufrechterhielt. Seine prozessualische Quelle strömte immerzu.

VII.

Im vorigen Abschnitt war vorausgesetzt, daß die Fidepromissio ein bei den italischen Städten verbreitetes Institut gewesen ist. Da diese Behauptung vielleicht willkürlich gefunden werden möchte, mögen die Erwägungen angeführt werden, auf welche ich diese Behauptung stütze.

Bei der Darstellung der Unvererblichkeit der Sponsions- und Fidepromissionshaftung teilt uns Gajus 3, 120 mit:

> Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus et alio iure civitas eius utatur.

Nun sind mit den 'peregrini fidepromissores' unzweifelhaft nicht Griechen oder Gallier gemeint; denn diesen ist das eigentümliche Institut des Verbalkontrakts, zu dem die Fidepromissio gehört (s. unten), überhaupt fremd; sie haben keine Rechtssätze über die Fidepromissio produziert. Gemeint sind vielmehr lediglich die latinischen Kolonien; denn die Italiker hatten ja alle das römische Bürgerrecht erlangt. Gajus verwendet also hier, wie es auch sonst nachweislich ist (1, 79) Peregrinus im Sinne von Latinus.

Es wird also die Möglichkeit vorausgesetzt, daß latinische Kolonialstatute die Fidepromissio als vererblich behandelten. Nun ist es freilich richtig, daß Gajus dies nicht als positive Tatsache hinstellt, und es wäre darum denkbar, daß er direkte Anhaltspunkte dafür nicht parat hatte. Aber auch dann noch bleibt es sehr zu beachten, daß Gajus sich die Fidepromissio als Gegenstand der kolonialen Gesetzgebung vorstellt. Da den latinischen Kolonien ihr Recht, wie ich an andrem Orte zeigen werde, fast sicher nicht nach dem Muster der stadtrömischen Gesetzgebung, sondern nach jenem der latinischen Städte geordnet worden ist, so deutet jener Hinweis indirekt darauf, daß die Fidepromissio schon in den älteren latinischen Statuten zu Hause war.

War aber das, dann muß man per consequentiam annehmen, daß auch das ganze Stipulationsrecht in Italien ebenso heimisch war wie in Rom. Denn die Fidepromissio ist ja nur ein Unterfall der Stipulation, und in dem Satz, daß auch die Fidepromissores wie die Sponsores 'nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum' (Gai. 3, 119), zeigt sich deutlich, daß ihr die Formalstrenge des Verbalkontrakts und das Gesetz der formalen Korrespondenz zwischen dem Versprechen des Hauptschuldners und des Bürgen inhäriert. Dieser ganze Formalismus ist danach den Latinern und wohl auch den Italikern ebenso homogen wie den Römern, sonst hätten sie am Institut der Fidepromissio nicht teilnehmen können.

Daraus ergibt sich die weitere Perspektive, daß auch bei ihnen die gleiche Entwicklung der Stipulation aus prozessualischen Kautionen heraus stattgefunden haben möchte, wie bei den Römern. Und das alles macht nun die frühzeitige Denationalisierung der Stipulation sehr begreiflich.

IX.

Zur Verdeutlichung möge das in allem Vorstehenden Ausgeführte nochmals zusammengefaßt werden.

Meine Vermutung geht dahin, daß die Sponsio-Stipulatio aus prozessualischen Kautionen hervorgewachsen ist. Dabei unterscheide ich zwischen der spezifisch römischen Entwicklung, welche die Sponsio erzeugt hat, und der parallelen allgemein latinisch-italischen, welche in der Fidepromissio zum Ausdruck kommt. An dieser nehmen die Römer natürlich teil.

Die Tatsachen, welche auf die bezeichnete Herkunft der Sponsio deuten, sind folgende:

1. Sponsor heißt technisch der Bürge; es ist unverständlich, daß die Tätigkeit des Spondierens hiermit in erster Linie diesem zugeschrieben wird, wenn sie nicht ursprünglich von ihm allein vorgenommen wurde. Der Hauptschuldner wird erst später mitspondiert haben.

Die gleiche Erscheinung ist aber für die Praedes des öffentlichen Rechts und Prozesses charakteristisch; dies spricht dafür, daß zwischen Sponsor und Praes Verwandtschaft besteht, d. h. das erstere Institut durch Umbildung aus dem letzteren hervorgegangen ist.

2. Mit dieser Verwandtschaft hängt es wohl zusammen, daß die Terminskautionen des klassischen Rechts Vadimonia heißen, wobei anzunehmen ist, daß die Vades des alten Rechts mit den Praedes wesensgleich sind.

3. Unterstützend kommt hinzu, daß die nachweisbare Form der Praedesstellung an den Magistrat — Frage und Antwort — mit der gleichen Form der Sponsion zusammenfällt.

4. Die Sponsio ist Kautionsmittel bloß im Bürgerprozeß, daher die in dieser Form erfolgte Kaution eines Nichtbürgers nichtig ist. Dieser Umstand bietet vielleicht eine Erklärung dafür, daß auch in der außerprozessualischen Stipulation das Wort Spondeo dem Nichtbürger unzugänglich ist.

5. Eine der römischen entsprechende Entwicklung dürfte bei allen Italikern stattgehabt und im weiteren Verlauf die Fidepromissio erzeugt haben. Dieselbe dürfte in Rom als Parallelform der Sponsion, welche dem Bürgerprozeß vorbehalten blieb, im Internationalprozeß verwendet worden sein.

Die einzelnen Phasen solcher Prozesse bestimmen zu wollen, kann natürlich niemandem beifallen; wenn die Aufstellung von Hypothesen als verzeihlich gelten mag, so ist es doch ein bedenkliches Unterfangen, durch Angabe fester Zeitgrenzen ihnen den Schein größerer historischer Bestimmtheit geben zu wollen, als sie vertragen. Nur so viel läßt sich sagen, daß zur Zeit, wo der dingliche Sponsionsprozeß eingeführt wurde, mindestens die Selbstbürgschaft und jedenfalls auch der Name der Stipulation entwickelt gewesen sein muß. Immerhin liegt daher der Prozeß in ziemlich frühen Zeiten.

Wie sehr es gewagt ist, in solchen Dingen Vermutungen aufzustellen, fühle ich selbst und habe darum mit der Veröffentlichung der gegenwärtigen sehr lange gezögert (S. 109 A. 1). Aber wer es unternommen hat, die Geschichte des römischen Privatrechts im ganzen darzustellen, wird notwendig dazu geführt, sich auch über diese Dinge eine Meinung bilden zu müssen und sich ein Bild zu entwerfen von den Ausgangspunkten des Obligationenrechts. Das hier wenigstens für ein Stück Entworfene ist um nichts gewagter als jene andere Hypothese, die ich ablehne und es ist in meinen Augen auch kein Fehler, daß es mit verwandten Bildern, welche die Geschichte bei andern Völkern mit voller Sicherheit bietet, die gleichen Züge trägt.

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.